

Sygn. akt II AKa 95/13

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 kwietnia 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA – Ewa Pławgo (spr.)

Sędziowie: SA – Małgorzata Mojkowska

SO (del.) – Hubert Gąsior

Protokolant: st. sekr. sąd. Małgorzata Reingruber

przy udziale prokuratora Marka Deczkowskiego

po rozpoznaniu w dniu 12 kwietnia 2013 r.

sprawy D. R.

oskarżonego z art. 280 § 2 k.k. i z art. 62 ust. 3 w zw. z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii

oraz sprawy N. S. (1)

oskarżonego z art. 280 § 2 k.k.

na skutek apelacji, wniesionych przez obrońców oskarżonych

od wyroku Sądu Okręgowego w. W.

z dnia 13 grudnia 2012 r., sygn. akt VIII K 291/12

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1/ uchyła orzeczenie o karze łącznej pozbawienia wolności wymierzonej D. R. zawarte w pkt 3 wyroku;

2/ kwalifikuje czyn przypisany D. R. i N. S. (1) w pkt 1 wyroku z art. 280 § 1 k.k. i wymierza im na podstawie art. 280 § 1 k.k. kary po 2 (dwa) lata i 6 (sześć) miesięcy pozbawienia wolności;

3/ w odniesieniu do czynu przypisanego D. R. w pkt 2 wyroku przyjmuje, że posiadał on 0,32 gr marihuany;

II. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok w pozostałej części;

III. na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. orzeka w stosunku do D. R. karę łączną w rozmiarze 2 (dwóch) lat i 7 (siedmiu) miesięcy pozbawienia wolności;

IV. na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet kar pozbawienia wolności orzeczonych wobec D. R. i N. S. (1) zalicza oskarżonym okresy rzeczywistego pozbawienia wolności od dnia 20 kwietnia 2012 r. do dnia 13 grudnia 2012 r.;

V. **zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. M. M. – Kancelaria Adwokacka w W. kwotę 738 (siedemset trzydzieści osiem) zł zawierającą 23 % podatku VAT tytułem wynagrodzenia za obronę z urzędu w postępowaniu odwoławczym;**

VI. **pobiera od D. R. opłatę za obie instancje w wysokości 400 (czterysta) zł oraz obciąża go pozostałymi kosztami sądowymi w sprawie, obciąża N. S. (1) wydatkami za obie instancje w wysokości 80 (osiemdziesiąt) zł, zwalnia go od pozostałych kosztów sądowych w sprawie (w tym od opłaty za obie instancje), obciążając wydatkami Skarb Państwa.**

UZASADNIENIE

D. R. i N. S. (1) zostali oskarżeni o to, że: I. w dniu 20 kwietnia 2012 r. w W., działając wspólnie i w porozumieniu grożąc użyciem wobec K. U. (1) i J. N. (1) przedmiotów przypominających noże, dokonali zaboru w celu przywłaszczenia telefonów komórkowych marki S. o wartości 900 zł za szkodę J. N. (1) oraz telefonu Samsung o wartości 1500 zł na szkodę K. U. (1), **tj. o czyn z art. 280 § 1 k.k.;**

a nadto **D. R.** został oskarżony o to, że II. od bliżej nieokreślonego czasu do dnia 21 kwietnia 2012 r. posiadał wbrew przepisom ustawy środki odurzające w postaci marihuany w ilości 0,59 grama, **tj. o czyn z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii.**

Sąd Okręgowy w W., wyrokiem z dnia 13 grudnia 2012 r. orzekł:

1. w ramach zarzuconego oskarżonym przestępstwa opisanego w pkt I uznał ich za winnych tego, że w dniu 20 kwietnia 2012 r. w W., działając wspólnie i w porozumieniu grożąc użyciem noża wobec K. U. (1) i J. N. (1), dokonali zaboru w celu przywłaszczenia telefonu komórkowego marki S. o wartości 900 zł na szkodę J. N. (1) oraz telefonu Samsung o wartości 1500 zł na szkodę K. U. (1), **tj. czynu z art. 280 § 2 k.k.** i za tak opisany czyn na podstawie art. 280 § 2 k.k. wymierzył im kary po 3 lata pozbawienia wolności;
2. D. R. uznał za winnego czynu opisanego w pkt II, z tym, że uznał, iż stanowił on wypadek mniejszej wagi, tj. **czyn z art. 62 ust. 3 w zw. z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii** i na podstawie tych przepisów skazał oskarżonego, a na podstawie art. 62 ust. 3 w/w ustawy wymierzył mu karę 1 miesiąca pozbawienia wolności;
3. na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. orzeczone kary pozbawienia wobec D. R. połączył i wymierzył mu karę łączną 3 lat i 1 miesiąca pozbawienia wolności;
4. na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonych wobec oskarżonych kar pozbawienia wolności zaliczył okresy rzeczywistego pozbawienia wolności oskarżonych od dnia 20 kwietnia 2012 r. do dnia 13 grudnia 2012 r.;
5. orzekł o kosztach – zasądził na rzecz Skarbu Państwa od oskarżonego D. R. wydatki w wysokości 1380,50 zł oraz opłatę w kwocie 400 zł, a od N. S. (1) wydatki w wysokości 80 zł, zwalniając go od opłaty;
6. orzekł o wynagrodzeniu dla obrońcy z urzędu.

Powyższy wyrok został zaskarżony w całości na korzyść oskarżonych przez ich obrońców.

Obrońca oskarżonego D. R. na podstawie art. 438 pkt 2 i 3 k.p.k. wyrokowi zarzucił:

1/ co do czynu opisanego w pkt 1 wyroku (rozbój):

a/ naruszenie prawa procesowego, mające istotny wpływ na treść orzeczenia, a to przepisu art. 7 k.p.k. poprzez dowolną, a nie wszechstronną ocenę dowodów skutkującą uznaniem, iż oskarżeni (bądź co najmniej jeden z nich) dopuścili się rozbój z użyciem noża, podczas gdy zeznania świadków N. i U. nie pozwalają na niebudzące wątpliwości

uznanie, że oskarżeni narzędziem takim się posługiwali: - w szczególności ze względu na fakt, iż w fazie spontanicznej wypowiedzi zarówno świadek U., jak i N. nie wspomnieli o użyciu przez oskarżonych niebezpiecznego narzędzia (nóż) przy dokonywaniu rozboju a dokładnie opisali przebieg całego zdarzenia; „przypomnieli” sobie o niebezpiecznym narzędziu dopiero po odczytaniu ich zeznań, w konsekwencji zeznaniom tym należy odmówić waloru wiarygodności, w części dotyczącej rzekomego użycia niebezpiecznego narzędzia przez oskarżonych; oczywistym jest, że o tak charakterystycznym elemencie rozboju świadkowie pamiętaliby w fazie spontanicznej wypowiedzi, przy wskazaniu, iż potrafili wymienić szereg innych okoliczności tamtego zdarzenia; - dowolnej, a nie wszechstronnej oceny dowodów świadka N. i U. poprzez danie wiary co do użycia przez oskarżonych niebezpiecznego narzędzia w sytuacji, gdy ujawniona w toku postępowania i zaliczona do materiału dowodowego notatka z przeszukania oskarżonego D. R. w krótkim czasie po zdarzeniu nie potwierdza, iż miał on przy sobie jakiegokolwiek niebezpiecznego narzędzia;

b/ naruszenie prawa procesowego mające istotny wpływ na treść orzeczenia, a to przepisu art. 390 § 2 k.p.k. poprzez przesłuchanie świadków N. i U. przy obecności oskarżonych, pomimo dostrzeżenia przez sąd I instancji obawy pokrzywdzonych co do faktu zeznawania w obecności oskarżonych;

c/ naruszenie prawa procesowego mające istotny wpływ na treść orzeczenia, a to przepisu art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. poprzez oparcie wydanego w sprawie wyroku z pominięciem rozważenia tych okoliczności i tego materiału dowodowego, które podważają wydane przez sąd I instancji rozstrzygnięcie, a to poprzez pominięcie rozważenia treści zeznań świadka K. P., który kategorycznie zaprzeczał, aby oskarżeni posługiwali się nożem;

d/ naruszenie prawa procesowego, tj. przepisu art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. mające istotny wpływ na treść orzeczenia, poprzez brak wyjaśnienia przez sąd I instancji w uzasadnieniu wyroku dlaczego nie uznał dowodu z zeznań świadka K. P., podczas gdy dowód ten jest istotny w sprawie ze względu na kategoryczne zaprzeczanie przez świadka, jakoby oskarżeni posiadali niebezpieczne narzędzie przy dokonywaniu rozboju;

w konsekwencji sąd I instancji dokonał błędnych ustaleń faktycznych polegających na przyjęciu, że oskarżeni posługiwali się nożem.

2/ co do czynu opisanego w pkt 2 wyroku (posiadanie środków odurzających) zarzucił obrazę prawa procesowego, mającą istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 193 § 1 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. poprzez pominięcie w sprawie wiadomości specjalnych i w konsekwencji dokonanie przez sąd I instancji błędu w ustaleniach faktycznych, że oskarżony D. R. posiadał 0,59 grama środka odurzającego w postaci marihuany, podczas gdy z treści opinii znajdującej się w aktach sprawy wynika, że oskarżony D. R. posiadał wyłącznie 0,32 grama marihuany, tj. ilości nie pozwalającej na odurzenie się przez oskarżonego.

Podnosząc powyższe wniósł o zmianę wyroku w jego pkt 1 poprzez zmianę kwalifikacji pierwszego z czynów przypisanych temu oskarżonemu na art. 280 § 1 k.k. i wymierzenie mu kary z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, a w odniesieniu do drugiego czynu o zmianę wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu (ewentualnie o umorzenie postępowania). Apelacja zawiera także wniosek alternatywny o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania. Niezależnie od powyższego obrońca wniósł o zmianę rozstrzygnięcia co do kosztów postępowania, którymi został obciążony oskarżony i o zwolnienie go do ich ponoszenia w całości.

Obrońca oskarżonego N. S. (1) wyrokowi zarzucił na podstawie art. 438 pkt 2 k.p.k. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść wyroku, to jest:

1/ art. 7 k.p.k. poprzez dokonanie dowolnej, sprzecznej z zasadami prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego oceny dowodów z zeznań świadka K. U. (1) jako wiarygodnych w zakresie, w jakim świadek zeznał o posłużeniu się przez oskarżonego D. R. w trakcie przestępstwa nożem, pomimo tego, że:

a/ świadek w tzw. fazie „spontanicznego składania zeznań” przez Sądem nie wspomniął o fakcie posługiwania się przez oskarżonych nożem, co mając na uwadze zasady doświadczenia życiowego oraz okoliczność, że świadek nie był

wcześniej pokrzywdzony żadnym przestępstwem oznacza, że podstawowy szczegół dotyczący sposobu popełnienia przestępstwa na jego szkodę nie mógł zostać przez świadka zapomniany, a zatem złożone w tym zakresie zeznania ocenić należy za niewiarygodne,

b/ pomiędzy datą popełnienia przestępstwa (20 kwietnia 2012 r.) a datą składania zeznań przez świadka (9 listopada 2012 r.) upłynęło około 7 miesięcy, a zatem okres czasu na tyle nieznaczny, że wszelkie szczegóły dotyczące zdarzenia winny pozostać w pamięci świadka, tym bardziej, że sam świadek zeznał: nie mam problemów z koncentracją i pamięcią (strona 9 protokołu z dnia 9 listopada 2012 r.) oraz jak zeznała matka świadka I. U.: syn nie korzystał z pomocy psychologa po tym zdarzeniu. Nie zauważyłam żadnych zmian w psychice i zachowaniu syna po zdarzeniu (strona 8 protokołu z dnia 9.11.2012 r.),

c/ materiał dowody zgromadzony w sprawie nie daje żadnych podstaw do wnioskowania, że podstawą braku zeznawania przez świadka o okoliczności posłużenia się podczas przestępstwa przez jednego z oskarżonych nożem była obawa pokrzywdzonego przed oskarżonymi,

d/ zeznania w tym zakresie są sprzeczne z zeznaniami świadka K. P.,

e/ przy oskarżonych tak przed, jak i po zdarzeniu nie znaleziono żadnych niebezpiecznych narzędzi,

co oznacza, że w/w zeznania są niewiarygodne i nie mogą stanowić podstawy do zakwalifikowania zarzucanego oskarżonym czynu jako zbrodni z art. 280 § 2 k.k.

2/ art. 7 k.p.k. poprzez dokonanie dowolnej, sprzecznej z zasadami prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego oceny dowodów z zeznań świadka J. N. (1) jako wiarygodnych w zakresie, w jakim świadek zeznał o posłużeniu się przez oskarżonego D. R. w trakcie przestępstwa nożem, pomimo tego, że:

a/ świadek w tzw. fazie „spontanicznego składania zeznań” przez Sądem nie wspominał o fakcie posługiwania się przez oskarżonych nożem, co mając na uwadze zasady doświadczenia życiowego oraz okoliczność, że świadek nie był wcześniej pokrzywdzony żadnym przestępstwem oznacza, że podstawowy szczegół dotyczący sposobu popełnienia przestępstwa (to jest użycia noża) na jego szkodę nie mógł zostać przez świadka zapomniany, a zatem złożone w tym zakresie zeznania ocenić należy za niewiarygodne,

b/ pomiędzy datą popełnienia przestępstwa (20 kwietnia 2012 r.) a datą składania zeznań przez świadka (9 listopada 2012 r.) upłynęło około 7 miesięcy, a zatem okres czasu na tyle nieznaczny, że wszelkie szczegóły dotyczące zdarzenia winny pozostać w pamięci świadka, tym bardziej, że sam świadek zeznał: pamiętam praktycznie całe zajście (strona 13 protokołu z dnia 9.11.2012 r.),

c/ materiał dowody zgromadzony w sprawie nie daje żadnych podstaw do wnioskowania, że podstawą braku zeznawania przez świadka o okoliczności posłużenia się podczas przestępstwa przez jednego z oskarżonych nożem była obawa pokrzywdzonego przed oskarżonymi,

d/ zeznania w tym zakresie są sprzeczne z zeznaniami świadka K. P.,

e/ pokrzywdzony podczas okazywania mu wizerunku oskarżonych zeznał nieprawdę co do tego, że oskarżony S. posługiwał się nożem w trakcie zdarzenia;

f/ przy oskarżonych tak przed, jak i po zdarzeniu nie znaleziono żadnych niebezpiecznych narzędzi,

co oznacza, że w/w zeznania są niewiarygodne i nie mogą stanowić podstawy do zakwalifikowania zarzucanego oskarżonym czynu jako zbrodni z art. 280 § 2 k.k.

3/ art. 7 k.p.k. w zw. z art. 413 k.p.k. poprzez wydanie wyroku z pominięciem dowodu z zeznań świadka K. P. będącego bezpośrednim świadkiem popełnienia przestępstwa, który zaprzeczył aby podczas zdarzenia doszło do użycia noża,

co oznacza, że złożone w tym zakresie przez pokrzywdzonych zeznania nie polegają na prawdzie, a przyjęta przez sąd kwalifikacja prawna zarzucanego oskarżonym czynu jest wadliwa,

4/ art. 390 § 2 k.p.k. poprzez nie zarządzenie przez sąd czasowego opuszczenia przez oskarżonych sali sądowej, skoro – jak wskazał w treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku – Sąd w zeznaniach pokrzywdzonych dostrzegł obawę składania zeznań w obecności oskarżonych;

5/ art. 424 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. poprzez niewyjaśnienie, czy, a jeżeli tak, to w jakim zakresie sąd nie uznał dowodu z zeznań świadka K. P..

Podnosząc powyższe wniósł o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Z uzasadnienia tej apelacji wynika, że właściwą kwalifikacją prawną czynu popełnionego przez oskarżonego winna być kwalifikacja z art. 280 § 1 k.k.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Wniosek zawarty w apelacji obrońcy oskarżonego D. M. R. dotyczący czynu 1 - o zmianę jego kwalifikacji prawnej na art. 280 § 1 k.k. okazał się zasadny, aczkolwiek z innych przyczyn, niż podniesiono w apelacji. Za zasadny należało uznać także zarzut błędu w ustaleniach faktycznych (co do ilości posiadanego środka odurzającego) zawartych w wyroku co do czynu przypisanego temu oskarżonemu w pkt 2 wyroku, lecz z innych powodów niż wskazane w zarzucie. Za nie pozbawione słuszności należało także uznać niektóre z argumentów zawartych w apelacji obrońcy oskarżonego N. S., lecz Sąd Apelacyjny z przyczyn wskazanych poniżej nie podzielił wniosku o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do jej ponownego rozpoznania przez Sąd I instancji, a zmienił wyrok w kierunku postulowanym w obu apelacjach.

Intencją obu apelacji jest, co do czynu przypisanego obu oskarżonym w pkt 1 zaskarżonego wyroku, dążenie do przyjęcia, że podczas dokonania przez oskarżonych rozboju na osobach pokrzywdzonych J. N. i K. U. nie doszło do posłużenia się nożem, co z kolei winno znaleźć przełożenie na inną kwalifikację czynu – z art. 280 § 1 k.k. Wskazują na to wprost przytoczone powyżej zarzuty apelacyjne, przy czym obrońca oskarżonego D. M. R. uważa, że możliwa jest zmiana wyroku w postulowany sposób w instancji odwoławczej, natomiast drugi ze skarżących – choć dąży do tego samego – wnosi o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego jej rozpoznania.

Oczywistym jest, że opis czynu powinien odpowiadać znamionom przypisanego przestępstwa, zaś uzasadnienie wyroku winno zawierać ustalenia i rozważania odpowiadające temu opisowi. Między wyrokiem, a jego uzasadnieniem nie mogą zachodzić sprzeczności.

W niniejszej sprawie, jak wynika z treści wyroku, Sąd Okręgowy przypisał obu oskarżonym popełnienie zbrodni z art. 280 § 2 k.k. w sposób ujęty w pkt 1 tego orzeczenia, tj. przypisał im działanie wspólne i w porozumieniu, a polegające na groźeniu użyciem noża i dokonaniu zaboru w celu przywłaszczenia telefonów komórkowych na szkodę obu pokrzywdzonych. Z uzasadnienia wyroku wynika, że Sąd I instancji ustalił, że zanim doszło do zabrania pokrzywdzonym przedmiotowych telefonów, oskarżony D. M. R. wyjął nóż o długości ostrza ok. 10 cm i skierował go w stronę J. N., jednocześnie żądając wydania telefonów (str. 1 i 2 uzasadnienia), a przyłączył się do jego działań oskarżony N. S.. Ustalenia te dotyczące noża odpowiadają znamieniu "posługuje się" (co do D. M. R.) i współdziałania z osobą posługującą się nożem (co do N. S.) – art. 280 § 2 k.k. Pojęcie posłużenia się nożem, bronią, bądź innym podobnie niebezpiecznym narzędziem jest szersze niż pojęcie „używa” i oznacza każde uzewnętrznienie, okazanie pokrzywdzonemu tego rodzaju narzędzia, o jakim mowa w art. 280 § 2 k.k. Znamieniem kwalifikującym jest posługiwanie się nożem lub innym wymienionym w art. 280 § 2 k.k. przedmiotem, nie zaś sam fakt jego posiadania przez sprawcę w chwili czynu. Aby zatem przy przytoczonych wyżej ustaleniach prawidłowo przypisać obu oskarżonym popełnienie zbrodni z art. 280 § 2 k.k. – to jest w sposób odpowiadający znamionom tego przestępstwa oraz pozostający w zgodzie z poczynionymi ustaleniami faktycznymi - w opisie tego czynu należało ująć fakt posłużenia

się nożem przez D. M. R. (poprzez jego okazanie) oraz to, że drugi z oskarżonych (N. S.) współdziałał ze sprawcą posługującym się nożem – wówczas to opis przypisanego czynu odpowiadałby znamionom art. 280 § 2 k.k. i poczynionym ustaleniom faktycznym. Tymczasem, Sąd meriti, mimo tego, że dokonywał zmiany opisu czynu w stosunku do tego, co zostało zawarte w akcie oskarżenia, określił, że zaboru telefonów w celu przywłaszczenia oskarżeni dokonali „grożąc użyciem noża”, z czego nie wynika, że nóż ten został uzewnętrzniony, okazany, a co za tym idzie nie można przyjąć, by opis ten odpowiadał znamieniu „posługuje się” w rozumieniu art. 280 § 2 k.k. Takie ujęcie sposobu działania oskarżonych – jeśli poprzestać tylko na analizie językowej opisu zawartego w wyroku – może zostać odczytane jako wyrażona werbalnie, bądź w inny sposób groźba użycia noża w przypadku nie spełnienia żądania wydania telefonów, jednak bez okazania tego narzędzia, bez posłużenia się nim, a takie zachowanie nie wypełnia znamion czynu z art. 280 § 2 k.k., a dyspozycję art. 280 § 1 k.k.

Art. 413 § 1 i 2 k.p.k. precyzuje, co powinien zawierać wyrok, w § 2 pkt 1 stanowi, że jednym z jego elementów winno być dokładne określenie przypisanego oskarżonemu czynu oraz jego kwalifikacja prawna. Wyrok i jego uzasadnienie choć są ściśle ze sobą powiązane, jednak pełnią odmienne funkcje procesowe – wyrok ma charakter samoistny, zaś jego uzasadnienie pełni rolę akcesoryjną, służącą temu, co określono w art. 424 § 1 i 2 k.p.k., a więc wyjaśnieniu jego treści. Jedynie wyrok zawiera rozstrzygnięcie w przedmiocie procesu, które zostało ogłoszone w sposób ujęty prawem i tylko on – w razie uprawomocnienia – podlega wykonaniu. Na marginesie jedynie należy w tym miejscu wskazać, a to z powodu, że obaj skarżący stawiają zarzut obrazy art. 424 k.p.k., iż ewentualna obraza tego przepisu nigdy nie jest naruszeniem prawa procesowego mającym wpływ na treść orzeczenia, bowiem do sporządzenia uzasadnienia dochodzi po wydaniu wyroku. Rolą uzasadnienia jest takie zaprezentowanie toku rozumowania Sądu orzekającego, by stronom umożliwić ewentualne zaskarżenie wyroku, a następnie, by możliwa była ewentualna jego kontrola instancyjna, której dokonuje się w oparciu o akta, treść wyroku i uzasadnienia oraz wniesionych środków odwoławczych. Z powyższych przyczyn należy uznać, że opis czynu zawarty w wyroku, mimo odmiennych w tym zakresie ustaleń zawartych w jego uzasadnieniu, jest wiążący i tylko on decyduje o treści rozstrzygnięcia.

W niniejszej sprawie apelacje zostały wniesione wyłącznie na korzyść oskarżonych, co oznacza, że dokonywanie jakichkolwiek zmian, korekt w opisie czynu przypisanego im w pkt 1 zaskarżonego wyroku, które byłyby dla nich niekorzystne, nie jest możliwe. Ta niemożność ewentualnego doprecyzowania opisu tego czynu, czy też jego zmiany w takim kierunku, aby opis ten odpowiadał dyspozycji art. 280 § 2 k.k. powoduje, że jedynym możliwym rozstrzygnięciem w instancji odwoławczej jest zmiana kwalifikacji prawnej tego czynu na art. 280 § 1 k.k.

Obaj oskarżeni przyznali się do popełnienia czynu z art. 280 § 1 k.k., choć ich wyjaśnienia ewoluują w kierunku znacznego łagodzenia przebiegu samego zdarzenia. Obaj apelujący wnieśli środki odwoławcze, które zmierzają do przyjęcia, że czyn przypisany w pkt 1 wyroku winien być kwalifikowany z art. 280 § 1 k.k. Popełnienie przez oskarżonych rozbój nie budzi także wątpliwości w świetle zeznań obu pokrzywdzonych oraz zeznań św. K. P.. Jedyną „sporną” okolicznością jest posłużenie się nożem. W opisanym wyżej stanie sprawy – wobec uchybienia popełnionego w I instancji w opisie czynu przypisanego – bezcelowe jest uchylanie sprawy i jej przekazanie Sądowi Okręgowemu do ponownego jej rozpoznania, bowiem Sąd ten wobec braku apelacji prokuratora, wydając wyrok nie będzie władny dokonać innego niż obecny opisu czynu. Dlatego też, mimo niewątpliwie słusznych zarzutów pominięcia w rozważaniach Sądu Okręgowego zeznań św. K. P. (doszło do obrazy art. 410 k.p.k. poprzez zignorowanie tego dowodu), co sprawia, że ocena dowodów nie jest pełna, mimo częściowo trafnych zarzutów obrazy art. 390 § 2 k.p.k. (Sąd wyraził pogląd, że dało się zauważyć, iż pokrzywdzeni, a zwłaszcza J. N., z obawy przed oskarżonymi nie zeznali o okolicznościach szczególnie obciążających, tj. posługiwaniu się nożem – str. 9-10 uzasadnienia – a mimo to nie skorzystał z możliwości przewidzianych w tym przepisie) należało dojść do wniosku, że ponowne rozpoznanie tej sprawy w sposób prawidłowy (tj. przy ewentualnym zastosowaniu art. 390 § 2 k.p.k., a następnie po dokonaniu pełnej analizy istotnych dla orzekania dowodów) jest bezcelowe. Wszystkie podnoszone w apelacjach kwestie, które musiałyby być przedmiotem wyjaśnienia przy ponownym rozpoznaniu sprawy, bez względu na rezultat tych czynności i tak w efekcie końcowym nie mogłyby spowodować innego rozstrzygnięcia niż przyjęcie opisu działania oskarżonych mieszczącego się w ramach dyspozycji art. 280 § 1 k.k. Ewentualne jego modyfikacje, gdyby chcieć inaczej sprecyzować sposób działania obu oskarżonych, nie mogłyby wykroczyć poza opis właściwy dla znamion art. 280 § 1 k.k. Zmiana

wyroku była więc możliwa w instancji odwoławczej, wobec nie budzącego wątpliwości sprawstwa oskarżonych co do czynu z art. 280 § 1 k.k., co przyznają także sami skarżący, dlatego też Sąd Apelacyjny zakwalifikował działanie oskarżonych co do czynu opisanego w pkt 1 wyroku z tego przepisu. W opisanej sytuacji szersze ustosunkowywanie się do apelacji obrońców dotyczących tego czynu jest bezprzedmiotowe.

Wobec zmiany wyroku w tym zakresie należało wymierzyć oskarżonym nowe kary. Sąd Apelacyjny nie podzielił wniosku zawartego w apelacji obrońcy oskarżonego D. M. R. co do jej wysokości i orzeczenia tej kary z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Co prawda na etapie postępowania apelacyjnego ujawniła się nowa okoliczność co do danych osobo-poznawczych tego oskarżonego (obecnie jest nie karany, a drugi z oskarżonych jest osobą karaną), jednak nie uzasadnia to różnicowania kar orzeczonych względem oskarżonych, a to z uwagi na role oskarżonych z zdarzeniu. Jak wynika z ustaleń Sądu I instancji, nie kwestionowanych w apelacjach, to oskarżony D. M. R. był inicjatorem zdarzenia, a N. S. się do niego przyłączył. To D. M. R. św. K. P. mówił, aby pokrzywdzonych zostawić w spokoju, to jemu chciał odebrać telefon i oddać jednemu z pokrzywdzonych, ale mu się nie udało. To D. M. R. był bardziej zdeterminowany w dokonaniu tego czynu. Powyższe sprawia, że w pełni uzasadnionym jest wymierzenie oskarżonym kar pozbawienia wolności w jednakowej wysokości. Obaj oskarżeni byli nietrzeźwi (ustalenia, str. 3 uzasadnienia), pokrzywdzeni nie dali im żadnego powodu, nie prowokowali żadnego z oskarżonych, zostali przez nich zaczepieni (str. 1 uzasadnienia). Co prawda telefony zostały odzyskane, jednak – należy to zaznaczyć – z uwagi na szybkość podjętych zaraz po zdarzeniu działań – str. 2-3 uzasadnienia. Całokształt tych okoliczności każe uznać, iż karami adekwatnymi do nich są kary po 2 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności, a więc z jednej strony niższe od orzeczonych w zaskarżonym wyroku, z drugiej czyniące zadość regułom wskazanym w art. 53 k.k. O ile okoliczności tego zdarzenia i jego przebieg uzasadniały wymierzenie oskarżonym kar w I instancji w wysokości najniższej, jeśli brać pod uwagę zagrożenie z art. 280 § 2 k.k., o tyle nie uzasadniają ich orzeczenia w minimalnej wysokości określonej dyspozycją art. 280 § 1 k.k.

Sąd Apelacyjny zmienił także wyrok w odniesieniu do drugiego z czynów przypisanych D. M. R.. Apelacja zarzuca tej części orzeczenia obrazę art. 193 § 1 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k., dokonaną poprzez pominięcie wiadomości specjalnych, czego efektem jest błąd w ustaleniach faktycznych co do ilości posiadanych przez oskarżonego środków odurzających.

W pełni aktualne pozostają te wywoły Sądu Apelacyjnego, które zostały zaprezentowane wyżej, a dotyczące kwestii roli wyroku i jego uzasadnienia, jak też tego, że wyrok i opis czynu w nim zawarty nie może być sprzeczny z ustaleniami zawartymi w jego uzasadnieniu.

Analiza uzasadnienia wyroku dotycząca omawianego czynu prowadzi do wniosku, że Sąd I instancji nie zignorował opinii, na którą powołuje się obrońca, bowiem – str. 4 – ustalił, że ilość posiadanych przez oskarżonych środków odurzających była mniejsza niż w zarzucie aktu oskarżenia (tam 0,59 gr), bo 0,33 gr. Z opinii tej wynika, że ilość ta to 0,32 gr. Rzecz jednak w tym, że ustalenia te – jedynie minimalnie odbiegające od 0,32 gr - nie znalazły odbicia w treści wyroku, bowiem Sąd Okręgowy (pkt 2 wyroku) przyjął, iż czyn oskarżonego stanowi wypadek mniejszej wagi określony w art. 62 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, lecz nie zmienił opisu tego czynu, akceptując, wbrew własnym ustaleniom, ilość marihuany wskazaną w akcie oskarżenia. Dlatego też należało zmienić wyrok Sądu Okręgowego w ten sposób, że ilość posiadanego przez D. M. R. środka odurzającego winna zostać określona w sposób najkorzystniejszy dla niego, a to poprzez przyjęcie, że ilością tą jest 0,32 gr marihuany. Zmiana ta nie może jednak prowadzić do uniewinnienia oskarżonego lub do umorzenia postępowania.

Obrońca w uzasadnieniu apelacji wskazał na możliwość niedokładności w ważeniu ujawnionego u oskarżonego środka odurzającego, z czego wyprowadził wniosek o niemożności odurzenia się taką jego ilością, nadto wskazał na właściwości oskarżonego, któremu potrzebne byłoby do odurzenia więcej tego rodzaju substancji. Należy jednak przypomnieć skarżącemu, że sam w zarzucie odnoszącym się do drugiego z czynów przypisanych oskarżonemu odwołuje się do wiadomości specjalnych biegłego sporządzającego opinię, którą zdaje się tym samym podzielać, a w której uwidoczniło wagę netto badanej substancji (k. 132) i nie stawia tej opinii jakiegokolwiek zarzutu, w tym związanego z ważeniem dowodowego środka odurzającego. Brak jest powodów do kwestionowania sposobu ważenia

tej substancji, zaś zabieg obrońcy z uzasadnienia apelacji należy ocenić jedynie w płaszczyźnie próby uzyskania wnioskowanego rozstrzygnięcia, podobnie jak wskazanie, jakiej ilości do odurzenia potrzebuje organizm oskarżonego. Sądowi Apelacyjnemu znane są orzeczenia Sądu Najwyższego, jak i Sądów Apelacyjnych odnoszące się do art. 62 ust. 1 i 3 aktualnie obowiązującej ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, mówiące o niemożności przypisania sprawcy tego występku, jeżeli ilość posiadanego środka jest na tyle niewielka, że nie wystarczy do odurzenia się (przykładowo: wyroki Sądu Najwyższego z dnia 16.04.2009 r. w sprawie IV K.K. 418/08, z dnia 20.04.2011 r. w sprawie IV KK 26/11, Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 19.09.2011 r. w sprawie II AKa 123/10). Rzecz jednak w tym, że orzeczenia te zapadły w takich stanach faktycznych, w których oskarżonym zarzucono posiadanie środków odurzających w ilościach śladowych, niemierzalnych, pozostałości po tzw. porcji (nie poddające się zważeniu ślady w woreczkach foliowych ze strunowym zapięciem), bądź w ilości z całą pewnością „nie do wykorzystania do odurzenia się” – bo 0,072g, a więc w takich ilościach, których nie można posiadać w rozumieniu art. 62 w/w ustawy. W sprawie niniejszej natomiast, choć ilość posiadanej przez oskarżonego marihuany była niewielka, nieznaczna, jednak mierzalna, co więcej – a co wynika choćby ze zdjęć obrazujących zakwestionowaną substancję – możliwa do wykorzystania w celu odurzenia się. Dlatego też nie można podzielić wniosku o uniewinnienie. Brak także, zdaniem Sądu podstaw do umorzenia postępowania w oparciu o art. 62a w/w ustawy (tak należy odczytać wniosek apelacji, choć brak w nim podstawy prawnej, a dopiero z uzasadnienia apelacji wynika, na jakich przesłankach miałyby ono nastąpić). Oskarżony używa w sposób szkodliwy dla siebie środków odurzających od 18 roku życia – pali marihuanę 2-3 razy w miesiącu z przerwami (k. 149-152 – opinia sąдово-psychiatryczna). Taki sposób postępowania świadczy o wyborze przez oskarżonego określonego stylu życia, jednak nie sposób uznać, by oskarżony był uzależniony, czego biegli nie stwierdzili. Wybór takiego stylu życia nie uzasadnia umorzenia postępowania dlatego, że orzeczenie wobec niego kary nie byłoby celowe ze względu na okoliczności tego czynu i jego społeczną szkodliwość. Kara orzeczona w I instancji za ten występki, mimo zmiany opisu tego czynu, jest karą sprawiedliwą.

Sąd Apelacyjny orzekł względem D. M. R. nową karę łączną, nie znajdując podstaw do zastosowania absorpcji z uwagi na fakt, że czyny mu przypisane są różnego rodzaju, godzą w różne dobra chronione prawem i ich społeczna szkodliwość wynika z innych przesłanek, choć zachodzi między nimi związek czasowy, na co trafnie zwrócił uwagę Sąd Okręgowy orzekając o karze łącznej.

Na podstawie art. 63 § 1 k.k. zaliczono oskarżonym okresy ich rzeczywistego pozbawienia wolności – od dnia zatrzymania do dnia uchylenia tymczasowego aresztowania.

Sąd II instancji nie znalazł podstaw do zwolnienia oskarżonego D. M. R. od kosztów sądowych (nie dzieląc tym samym stanowiska zawartego we wnioskach apelacji i w końcowym fragmencie jej uzasadnienia, choć nie zawiera ona żadnego zarzutu odnoszącego się do pkt 5 wyroku). Oskarżony obecnie 30 – letni, podjął pracę – zaświadczenie przedłożone Sądowi Apelacyjnemu na rozprawie (k. 549), nie ma więc powodów, by nie mógł tych kosztów uiścić.

Co do oskarżonego N. S. obciążono go obowiązkiem zwrotu wydatków związanych z tą częścią, która dotyczy jego osoby, w takiej wysokości, jak w I instancji, zwalniając go od opłaty za obie instancje i pozostałych kosztów sądowych z uwagi na kierunek apelacji. Sąd I instancji w odniesieniu do tego oskarżonego nie zawarł w wyroku określenia o zwolnieniu go z pozostałej – poza kwotą 80 zł – części kosztów sądowych, określił jedynie, że zwalnia tego oskarżonego od opłaty. Jednak zważywszy na fakt, że oskarżony N. S. korzystał z pomocy obrońcy z urzędu, a zgodnie z art. 618 § 1 pkt 11 k.p.k. wynagrodzenie dla obrońcy z urzędu wchodzi w skład wydatków, te w skład kosztów sądowych (art. 616 § 2 pkt 2 k.p.k.), a o nich winno się orzec zgodnie z art. 626 § 1 k.p.k. w orzeczeniu kończącym postępowanie i zgodnie z art. 627 k.p.k. w przypadku skazania, a to nastąpiło, koszty procesu winien ponieść oskarżony, należy dojść do przekonania, że de facto, choć w wyroku tego nie wyrażono, oskarżony N. S. – poza zwolnieniem go od opłat – został także zwolniony w I instancji od pozostałych kosztów sądowych, czyli obecnie orzeczenie w tym przedmiocie nie może być dla niego niekorzystne.

O wynagrodzeniu dla obrońcy z urzędu orzeczono na podstawie § 14. 2 pkt 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów

nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1348 ze zm.) przy uwzględnieniu aktualnie obowiązującej stawki podatku VAT (23%).

Z powyższych względów Sąd Apelacyjny orzekł, jak w wyroku.